Deutscher Bundestag **Drucksache 16/7156**
16. Wahlperiode 14. 11. 2007

Beschlussempfehlung und Bericht

des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss)

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
– Drucksache 16/5847 –

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels

A. Problem

Ermöglichen eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem Energiesektor; Sicherstellen eines effektiven Vorgehens der Kartellbehörden gegen Preismissbräuche im Energiebereich; Verschärfung des bestehenden Verbots von Verkäufen unter Einstandspreis im Lebensmitteleinzelhandel.

B. Lösung

Annahme des Gesetzentwurfs auf Drucksache 16/5847 in geänderter Fassung mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, SPD und DIE LINKE. gegen die Stimmen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

C. Alternativen

Keine

D. Finanzielle Auswirkungen

1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand

Keine

2. Haushaltsaufgaben mit Vollzugsaufwand

Der neue Missbrauchstatbestand im Bereich der Energieversorgung sowie die Einführung des umfassenden Verbots des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis werden zu einer finanziellen Belastung insbesondere des Bundeskartellamts in einer Größenordnung von rund 0,5 Mio. Euro jährlich, aber auch der Kartellbehörden der Länder führen. Die finanzielle Belastung im Energiebereich resultiert aus einem erheblich höheren Vollzugsaufwand für die kostenbasierte Ermittlung eines Preismissbrauchs.

Für den Vollzug des Untereinstandspreisverbots werden ebenfalls aufwändige kostenbasierte Ermittlungen erforderlich. Gelegentliche Aktionsverkäufe von Lebensmitteln mit lokaler Begrenzung fallen dabei in die Zuständigkeit der Landeskartellbehörden. Soweit es sich, wie in den bisherigen Fällen, um überregionale Strategien der großen Lebensmittelhändler handelt, ist das Bundeskartellamt zuständig. Der genaue Mehraufwand ist zurzeit nicht abschätzbar. Die Kommunen sind nicht betroffen.

Der Personalbedarf beim Bundeskartellamt für die Umsetzung der neuen Aufgaben beläuft sich nach derzeitiger Schätzung auf insgesamt neun Planstellen. Drei Planstellen (1 A 16, 1 A 14 und 1 A 8) zur Intensivierung der Missbrauchsbekämpfung im Energiebereich sind bereits im Haushalt 2007 ausgebracht.

E. Sonstige Kosten

Für die Wirtschaft entstehen insgesamt keine messbaren Mehrkosten. Durch die Anwendung verschärfter Missbrauchsregeln im Energiebereich ist tendenziell mit einer Kostenentlastung von Verbrauchern und Wirtschaft zu rechnen.

Dagegen kann das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis tendenziell zu einer Erhöhung der Einzelhandelspreise im Lebensmittelbereich und damit des Preisniveaus, insbesondere des Verbraucherpreisniveaus, führen. Auf längere Sicht soll die Regelung die Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel dämpfen und dadurch einer Preisanhebung durch marktmächtige Handelskonzerne entgegenwirken. Die Auswirkungen lassen sich nicht quantifizieren.

Beschlussempfehlung

Der Bundestag wolle beschließen:

den Gesetzentwurf auf Drucksache 16/5847 mit folgenden Maßgaben, im Übrigen unverändert anzunehmen.

I. Artikel 1 wird wie folgt geändert:

1. Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

   ‚§ 20 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 3 Satz 2 wird durch folgenden Satz ersetzt:

      „Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen.“

   b) Absatz 4 Satz 2 wird durch folgende Sätze ersetzt:

      „Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen

      1. Lebensmittel im Sinne des § 2 Abs. 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis oder
      2. andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis oder
      3. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt

      anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt. Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen. Werden Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen zur Verwendung im Rahmen ihrer Aufgaben abgegeben, liegt keine unbillige Behinderung vor.“ ‘

2. Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

   ‚§ 29 wird wie folgt gefasst:

   „§ 29
   Energiewirtschaft

   Einem Unternehmen ist es verboten, als Anbieter von Elektrizität oder leitungsgebundenem Gas (Versorgungsunternehmen) auf einem Markt, auf dem es allein oder zusammen mit anderen Versorgungsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen, indem es

   1. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die ungünstiger sind als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist, wobei die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nur in Verfahren vor den Kartellbehörden gilt, oder

2. Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten.

   Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden. Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“‘

3. Nummer 17 wird wie folgt gefasst:

   ‚§ 81 wird wie folgt gefasst:

„§ 81
Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2002 (ABl. EG Nr. C 325 S. 33) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen Artikel 81 Abs. 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder
2. entgegen Artikel 82 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. einer Vorschrift der §§ 1, 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1, § 20 Abs. 3 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, § 20 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 6, § 21 Abs. 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Abs. 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,
2. einer vollziehbaren Anordnung nach
   a) § 30 Abs. 3, § 32 Abs. 1, § 32a Abs. 1, § 32b Abs. 1 Satz 1 oder § 41 Abs. 4 Nr. 2, auch in Verbindung mit § 40 Abs. 3a Satz 2, auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 oder § 42 Abs. 2 Satz 2, oder § 60 oder
   b) § 39 Abs. 5

   zuwiderhandelt,
3. entgegen § 39 Abs. 1 einen Zusammenschluss nicht richtig oder nicht vollständig anmeldet,
4. entgegen § 39 Abs. 6 eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
5. einer vollziehbaren Auflage nach § 40 Abs. 3 Satz 1 oder § 42 Abs. 2 Satz 1 zuwiderhandelt oder
6. entgegen § 59 Abs. 2 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt, geschäftliche Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorlegt oder die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken nicht duldet.

(3) Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 21 Abs. 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert,

2. entgegen § 21 Abs. 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder

3. entgegen § 24 Abs. 4 Satz 3 oder § 39 Abs. 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt.

(4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1, des Absatzes 2 Nr. 1, 2 Buchstabe a und Nr. 5 und des Absatzes 3 mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. Gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung kann über Satz 1 hinaus eine höhere Geldbuße verhängt werden; die Geldbuße darf 10 vom Hundert des im der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Die Höhe des Gesamtumsatzes kann geschätzt werden. In den übrigen Fällen kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Euro geahndet werden. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen.

(5) Bei der Zumessung der Geldbuße findet § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit der Maßgabe Anwendung, dass der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die Geldbuße nach Absatz 4 abgeschöpft werden kann. Dient die Geldbuße allein der Ahndung, ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.

(6) Im Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen sind zu verzinsen; die Verzinsung beginnt zwei Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides. § 288 Abs. 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden.

(7) Das Bundeskartellamt kann allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung der Geldbuße, insbesondere für die Feststellung der Bußgeldhöhe als auch für die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, festlegen.

(8) Die Verjährung der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach den Absätzen 1 bis 3 richtet sich nach den Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten auch dann, wenn die Tat durch Verbreiten von Druckschriften begangen wird. Die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1, Absatz 2 Nr. 1 und Absatz 3 verjährt in fünf Jahren.

(9) Ist die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder sind die Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf Grund einer Beschwerde oder von Amts wegen mit einem Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gegen dieselbe Vereinbarung, denselben Beschluss oder dieselbe Verhaltensweise wie die Kartellbehörde befasst, wird für Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 die Verjährung durch die den § 33 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten entsprechenden Handlungen dieser Wettbewerbsbehörden unterbrochen.

(10) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die nach § 48, auch in Verbindung mit § 49 Abs. 3 und 4, oder § 50 zuständige Behörde.“ ‘

II. Nach Artikel 1 wird folgender Artikel 1a eingefügt:

‚Artikel 1a
Weitere Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

§ 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), das zuletzt durch Artikel 1 dieses Gesetzes (BGBl. I S. …) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Absatz 3 Satz 2 wird durch folgenden Satz ersetzt:

   „Satz 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen.“

2. Absatz 4 Satz 2 bis 4 wird durch folgenden Satz ersetzt:

   „Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt.“ ‘

III. Artikel 2 wird wie folgt geändert:

1. Nummer 4 wird wie folgt gefasst:

   ‚4. § 69 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

      aa) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

      „Durchsuchungen sind zulässig, wenn zu vermuten ist, dass sich in den betreffenden Räumen Unterlagen befinden, die die Regulierungsbehörde nach Absatz 1 einsehen, prüfen oder herausverlangen darf.“

      bb) Folgender Satz wird angefügt:

      „Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Abs. 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.“

   b) Absatz 5 wird folgender Satz angefügt:

      „Dem von der Durchsuchung Betroffenen ist nach deren Beendigung auf Verlangen ein Verzeichnis der in Verwahrung oder Beschlag genommenen Gegenstände, falls dies nicht der Fall ist, eine Bescheinigung hierüber zu geben.“ ‘

2. Nach Nummer 4 wird folgende Nummer eingefügt:

   ‚4a. In § 73 Abs. 1 Satz 2 wird die Angabe „§ 5 Abs. 2“ durch die Angabe „§ 5 Abs. 4“ ersetzt.‘

3. Nach Nummer 6 wird folgende Nummer eingefügt:

   ‚6a. In § 91 Abs. 1 Satz 1 wird nach Nummer 3 folgende Nummer eingefügt:

   „3a. Entscheidungen auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 24 Satz 1 Nr. 3;“

4. Nach Nummer 6a – neu – wird folgende Nummer eingefügt:

   ‚6b. In § 110 Abs. 3 wird die Angabe „Absatzes 1 Nr. 2“ durch die Angabe „Absatzes 1 Nr. 3“ ersetzt.‘

IV. Artikel 3 wird wie folgt gefasst:

„Artikel 3
Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich von Satz 2 am Tag nach der Verkündung in Kraft. Artikel 1a tritt am 1. Januar 2013 in Kraft.“

Berlin, den 14. November 2007

Der Ausschuss für Wirtschaft und Technologie

Albert Rupprecht (Weiden)
Stellvertretender Vorsitzender

Reinhard Schultz (Everswinkel)
Berichterstatter

Bericht des Abgeordneten Reinhard Schultz (Everswinkel)

A. Allgemeiner Teil

I. Überweisung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung auf **Drucksache 16/5847** wurde in der 116. Sitzung des Deutschen Bundestages am 21. September 2007 an den Ausschuss für Wirtschaft und Technologie zur federführenden Beratung sowie den Rechtsausschuss, den Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zur Mitberatung überwiesen.

II. Wesentlicher Inhalt der Vorlage

Das Gesetz soll missbräuchlichen Preissetzungsstrategien bei der Energieversorgung sowie im Lebensmittelhandel entgegenwirken. Mit Blick auf die nicht regulierten Märkte sollen die Eingriffsmöglichkeiten nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegenüber marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen verbessert werden. Mit § 29 soll eine Schärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise mittels einer auf den Energiesektor zugeschnittenen Ausprägung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB erreicht werden. Es soll keine Preisregulierung auf bisher nicht regulierten Märkten eingeführt werden, sondern es soll bei der in das Aufgreifermessen der Kartellbehörden gestellten Ex-post-Kontrolle über marktbeherrschende Unternehmen im Einzelfall bleiben. Durch das grundsätzliche Verbot, Lebensmittel unter Einstandspreis zu verkaufen, sollen der ruinöse Preiswettbewerb im Lebensmittelhandel begrenzt und kleinere und mittlere Lebensmittelhändler vor unbilligen Verdrängungspraktiken marktstarker Handelskonzerne wirksamer geschützt werden. Sachlich gerechtfertigte Verkäufe unter Einstandspreis sollen im Einzelfall möglich bleiben.

Wegen der Einzelheiten wird auf Drucksache 16/5847 verwiesen.

III. Stellungnahme der mitberatenden Ausschüsse

Der **Rechtsausschuss** hat die Vorlage in seiner 79. Sitzung am 14. November 2007 beraten und mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, SPD und DIE LINKE. gegen die Stimmen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossen, dem Deutschen Bundestag die Annahme des Gesetzentwurfs der Bundesregierung auf Drucksache 16/5847 in veränderter Fassung zu empfehlen.

Der **Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz** hat die Vorlage in seiner 60. Sitzung am 14. November 2007 beraten und mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, SPD und DIE LINKE. gegen die Stimmen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossen, dem Deutschen Bundestag die Annahme des Gesetzentwurfs der Bundesregierung auf Drucksache 16/5847 in veränderter Fassung zu empfehlen.

Der **Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit** hat die Vorlage in seiner 50. Sitzung am 14. November 2007 beraten und mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, SPD und DIE LINKE. gegen die Stimmen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossen, dem Deutschen Bundestag die Annahme des Gesetzentwurfs der Bundesregierung auf Drucksache 16/5847 in veränderter Fassung zu empfehlen.

IV. Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

Zu der öffentlichen Anhörung, die in der 49. Sitzung des Ausschusses am 5. November 2007 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung auf Drucksache 16/5847 stattfand, haben die Anhörungsteilnehmer schriftliche Stellungnahmen abgegeben, die in der Zusammenstellung auf Ausschussdrucksache 16(9)845 enthalten sind.

Folgende Sachverständige haben an der Anhörung teilgenommen:

1. Prof. Dr. Wernhard Möschel, Universität Tübingen
2. Prof. Dr. Carl Christian von Weizsäcker, Max-Planck-Institut
3. Dr. Klaus-Dieter Maubach, E.ON Energie AG
4. Robert Busch, Bundesverband Neuer Energieanbieter e. V. (BNE)
5. Dr. Bernhard Heitzer, Bundeskartellamt
6. Prof. Dr. Justus Haucap, Monopolkommission
7. Prof. Dr. Christian von Hirschhausen, Technische Universität Dresden
8. Prof. Dr. Helmut Köhler, Ludwig-Maximilians-Universität München
9. Dr. Holger Krawinkel, Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv)
10. Dr. Eberhard Meller, Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW)
11. Prof. Dr. Claudia Kemfert, Humboldt-Universität zu Berlin
12. Dr. Alfred Richmann, Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e. V. (VIK).

Prof. Dr. Wernhard Möschel, Universität Tübingen, vertritt die Auffassung, der Gesetzentwurf nutzt niemandem, er schade aber der Glaubwürdigkeit der Wettbewerbspolitik. § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB n. F. (Lebensmittelhandel) sei auf dem Niveau eines Filserbriefes, § 29 GWB n. F. lasse sich als Abwehrgesetzgebung gegenüber unerwünschten, weitergehenden strukturellen Maßnahmen in der Energiewirtschaft begreifen.

Prof. Dr. Carl Christian von Weizsäcker, Max-Planck-Institut, konzentriert sich in seiner Stellungsnahme auf den vorgeschlagenen § 29 GWB und auf den Großhandelsmarkt für Strom. Die Leipziger Strombörse EEX sei funktionsfähig. Dadurch umfasse der relevante Markt für Strom auf der Großhandelsstufe alle Nachfrager, die die Möglichkeit hätten, Strom an der Börse einzukaufen. Sofern von marktbeherrschenden Unternehmen keine strategische Angebots-

zurückhaltung geübt werde, generiere die Börse den Wettbewerbspreis für Strom auf der Großhandelsstufe. Die Aufsicht über den Preishöhenmissbrauch des Bundeskartellamts sei damit auf die Untersuchung reduziert, ob es seitens marktbeherrschender Stromanbieter strategische Angebotszurückhaltung gebe oder nicht. Hierzu reiche § 19 GWB vollkommen aus. Durch den vorgeschlagenen § 29 GWB-E gewinne die Behörde diesbezüglich nichts dazu. Wenn dennoch ein solcher § 29 GWB beschlossen werden sollte, dann bedürfe es einer Reihe von Umformulierungen. Insbesondere sei explizit festzuhalten, dass kein Unternehmen gezwungen werden könne, einen Preis zu setzen, der unter seinen (Opportunitäts-)Grenzkosten liegt.

Die E.ON Energie AG vertritt die Ansicht, mit der geplanten Novelle des Kartellrechts werde im Ergebnis in Deutschland eine Preiskontrolle wieder eingeführt, die dem Wettbewerb mehr schade als nütze. Deshalb werde der Gesetzentwurf auf breiter Front von der Wissenschaft, insbesondere vom Wissenschaftlichen Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und von der Monopolkommission sehr deutlich zurückgewiesen.

Der BNE lehnt die geplante Regelung in der konkreten Ausgestaltung als zu weitgehend ab. Die GWB-Novelle werde den Wettbewerb kurzfristig erheblich erschweren und führe lang- und mittelfristig zum Gegenteil des Gewollten. Der BNE begrüßt dagegen den Gedanken der Beweislastumkehr zugunsten des Kartellamts, die er auch für den Bereich der Missbrauchskontrolle in ihrer bisherigen Ausprägung ausdrücklich unterstütze.

Das Bundeskartellamt steht den Neuerungen im Energiebereich positiv gegenüber. Der Entwurf setzt ein wichtiges Signal zur Bekämpfung des Preishöhenmissbrauchs auf dem Energiesektor. Kurzfristig wirkende Eingriffsmöglichkeiten seien in der gegenwärtigen Situation unverzichtbar, um einer nachhaltigen Beeinträchtigung der wettbewerblichen Situation der nachgelagerten Marktstufen wie auch der Endverbraucher wirksam zu begegnen. Das Ziel, kleinere und mittlere Einzelhandelsunternehmen zu schützen, indem der Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis verboten werde, werde das gesetzgeberische Ziel mit der geplanten Änderung nicht erreicht. Aufgrund ihrer erheblichen Nachfragemacht können die großen Lebensmittelhändler bereits zum Einstandspreis deutlich günstiger anbieten als die kleineren und mittleren Betriebe. Die Änderung führe darüber hinaus zu einem erheblichen bürokratischen Aufwand, der erheblichen Personalbedarf erfordere.

Die Monopolkommission meint, die vorgesehene Missbrauchsaufsicht sei nicht geeignet den Wettbewerb im Energiesektor zu beleben. Im Gegenteil sei zu befürchten, dass die Einführung des Energieparagraphen den Wettbewerb signifikant schwächen werde. Das Verbot Lebensmittel unter Einstandspreis zu verkaufen sei ordnungspolitisch problematisch. Für die Unternehmen seien Untereinstandsangebote ein Marketinginstrument. Die Verluste bei den unter Einstandspreis verkauften Produkten ließen sich durch die für den Handel typische Mischkalkulation ausgleichen. Diese Strategie stehe auch mittelständischen Einzelhändlern offen. Die filialisierten Großunternehmen besäßen bereits aufgrund ihres Einkaufsvolumens und der damit verbundenen günstigen Einkaufsbedingungen Vorteile im Preiswettbewerb.

Prof. Dr. Christian von Hirschhausen, Technische Universität Dresden, führt aus, dass angesichts unzureichender wettbewerblicher Elektrizitäts- und Erdgasmärkte in Deutschland eine Verschärfung der Preisaufsicht zum Schutz der Verbraucher sinnvoll sei. Allerdings sei bei der Bekämpfung von Preismissbrauch ein detailliertes und zeitnahes Marktmonitoring notwendig, welches in Deutschland derzeit noch nicht existiere. Insbesondere werde eine Institution benötigt, welche den Entscheidungsträgern Preis- und Kostenanalysen in Echtzeit zur Verfügung stelle und Maßnahmen zur Behebung von Marktmachtmissbrauch vorschlage, ein so genannter Marktmonitor. Internationale Erfahrungen aus den USA, Skandinavien sowie den Niederlanden belegten die Bedeutung des Marktmonitoring für effiziente Märkte und niedrige Preise.

Prof. Dr. Helmut Köhler, Ludwig-Maximilians-Universität München, begrüßt die geplante Änderung des § 20 Abs. 4 GWB. Die geplante Änderung trage dazu bei, der weiteren Konzentration im Lebensmittelhandel vorzubeugen. Sie wirke sich im Ergebnis zum Vorteil und nicht zum Nachteil der Verbraucher aus. Als flankierende Maßnahme empfehle sich eine Verbesserung der Missbrauchskontrolle nach § 20 Abs. 3 GWB. Lediglich die sprachliche Fassung der Gesetzesänderung könne noch verbessert werden.

Dr. Holger Krawinkel, Verbraucherzentrale Bundesverband, begrüßt die Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht für den Energiemarkt. Die vom Bundeskartellamt in der Vergangenheit geführten Missbrauchsverfahren gegen die TEAG und die Stadtwerke Mainz hätten deutlich gemacht, dass das Kartellrecht gegenwärtig kein effektives Vorgehen gegen missbräuchlich überhöhte Preise oder Preisbestandteile eröffne. Wie die Begründung zum Gesetzentwurf zutreffend feststelle, hätten die Energiepreise längst ein volkswirtschaftlich bedenkliches Niveau erreicht. Da die Netzentgelte inzwischen von der Bundesnetzagentur reguliert würden, sei es umso wichtiger, das kartellrechtliche Instrumentarium für die nicht regulierten, vor- und nachgelagerten Energiemärkte zu schärfen, um dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Versorgungsunternehmen in den oligopolen Märkten entgegenzutreten. Bei der Novelle des Kartellrechts sei zu gewährleisten, dass sich die Missbrauchskontrolle auf einzelne Entgeltbestandteile beziehen könne. Bei der Preishöhenmissbrauchsaufsicht werde gegenwärtig nur der Gesamtpreis überprüft, nicht aber einzelne Preisbestandteile. Ein Versorger könne danach missbräuchlich überhöhte Preisbestandteile im Gesamtpreis verstecken. Gerade mit Blick auf die Regulierung der Netzentgelte sei es erforderlich, die Kartellbehörden in die Lage zu versetzen, einen Preismissbrauch in den Bereichen Erzeugung und Vertrieb zu überprüfen, die immerhin etwa 25 Prozent des Endpreises ausmachten.

Der BDEW kritisiert, die GWB-Novelle werde den Wettbewerb nicht voranbringen. Durch die Ausgestaltung als Verbotsgesetz stünden massenhafte Klageverfahren durch private Dritte bevor. Dadurch entstünde eine nicht gewollte Rechtsunsicherheit sowie Prozessrisiken, die insbesondere die Vertriebsunternehmen, welche die Aufgabe der Grundversorgung übernommen hätten, träfen. Diese Unternehmen mit einer ohnehin geringen Marge müssten zusätzliche umfangreiche Rückstellungen bilden. Der Kostenbegriff einer „unangemessenen Überschreitung“ sei zu unbestimmt.

Funktionen der Strombörse würden außer Kraft gesetzt, der marktwirtschaftliche Preismechanismus funktioniere nicht mehr. Verlässliche Preissignale für neue Investitionen in neue Kraftwerke würden damit entfallen.

Laut Prof. Dr. Claudia Kemfert, Humboldt-Universität zu Berlin, sollte eine EU-Regulierungsbehörde alle Länder gleichermaßen unter Preisaufsicht stellen und die Qualität der Netze kontrollieren. Dies würde kurzfristig und ohne lange Verfassungsklagen umsetzbar sein und könnte machtmissbräuchliche Preisgestaltung verhindern. In einer Zeit, in der andere Länder Energie als strategische Ressource begriffen und Energieunternehmen verstaatlichten, sei Wettbewerb um jeden Preis schädlich für die heimische Wirtschaft.

Das VIK unterstützt die Novellierung des energierelevanten Kartellrechts, denn es gebe auf deutschen Energiemärkten kaum funktionierenden Wettbewerb. Im geltenden GWB bestünden Rechts- und Vollzugsmängel. Aus diesem Grund sei eine Verschärfung der kartellrechtlichen Preisaufsicht notwendig. Die Kartellrechtsnovelle in Umsetzung der übergeordneten Ziele des § 1 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) bleibe im bisherigen kartellrechtlichen Ordnungsrahmen. Der neue § 29 GWB-Entwurf könne die bisherige schlechte Wettbewerbssituation verbessern.

V. Beratungsverlauf und Beratungsergebnisse im federführenden Ausschuss

Der **Ausschuss für Wirtschaft und Technologie** hat nach Überweisung der Vorlage im Plenum in seiner 45. Sitzung am 10. Oktober 2007 beschlossen, eine öffentliche Sachverständigenanhörung durchzuführen. Die öffentliche Anhörung erfolgte in seiner 49. Sitzung am 5. November 2007. Die Beratung der Vorlage wurde in der 51. Sitzung am 14. November 2007 abgeschlossen.

Die **Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und SPD** hoben hervor, der Gesetzentwurf gebe dem Bundeskartellamt stärkere Möglichkeiten an die Hand, um gegen Machtmissbrauch in den leitungsgebundenen Energiemärkten vorzugehen. Es gebe keine Alternative, um kurzfristig zu einer Verschärfung der Missbrauchsaufsicht im Strombereich zu gelangen. Der Gesetzentwurf schließe neue Investitionen in diesem Bereich nicht aus, denn die Kosten für Investitionen könnten bei der Untersuchung des Bundeskartellamts berücksichtigt werden. Der Preiswettbewerb werde erhalten bleiben, da der Erheblichkeitszuschlag nicht, wie ursprünglich vorgesehen, gestrichen werde. Der Gesetzentwurf werde nicht zu einer zivilrechtlichen Klageflut führen, da der Gesetzentwurf keine Grundlage für zivilgerichtliche Auseinandersetzungen mehr biete. Das Verbot unter Einstandspreis zu verkaufen sei ausdrücklich nicht auf solche Plattformen wie z. B. ebay bezogen, die u. a. davon lebten, dass unter Einstandspreis verkauft werde.

Die **Fraktion der FDP** bemängelte, dass mit dem Gesetzentwurf ein Sonderkartellrecht für spezifische Branchen entstehe. Die aktuellen Vorgänge zeigten, dass das geltende Kartellrecht funktioniere. Der Gesetzentwurf schaffe trotz der Befristung bis 2012 Rechtsunsicherheit, insbesondere da er verlängert werden könnte. Bei dem Gesetzentwurf handele es sich um Placebogesetzgebung, die die Probleme nicht löse.

Die **Fraktion DIE LINKE.** gab zu bedenken, dass eine staatliche Preisregulierung eine kurzfristige Alternative zum aktuellen Gesetzentwurf sei. Diese hätte den Vorteil, dass sie vor Preiserhöhungen eingreifen würde. Darüber hinaus stärke der Gesetzentwurf die Verbraucher nicht und löse nicht die strukturellen Probleme. Hierfür sei es notwendig die Netze in die öffentliche Hand zu überführen und die großen Konzerne zu zerschlagen. Die Fraktion DIE LINKE. stimme dem Gesetzentwurf dennoch zu, da sie jeden Schritt gegen die Missbrauchsmacht der großen Vier begrüße.

Die **Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** kritisierte, der Gesetzentwurf Ziele nur auf das Kurieren von Symptomen, obwohl strukturelle Veränderungen vonnöten seien. Aus diesem Grund führe er nicht zu mehr Wettbewerb auf dem Energiemarkt. Durch den Gesetzentwurf werde der Neueinstieg von Anbietern verhindert. Man müsse alle Maßnahmen ergreifen, um den Wettbewerb zu ermöglichen. Die hierfür erforderlichen Maßnahmen, wie z. B. Entflechtung, unabhängige Systembetreiber und der Vorschlag aus Hessen, seien bekannt.

Im Ergebnis der Beratungen beschloss der Ausschuss mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD gegen die Stimmen der Fraktionen FDP, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Annahme des Änderungsantrags der Fraktionen der CDU/CSU und SPD auf Ausschussdrucksache 16(9)876.

Ferner beschloss der Ausschuss mit den Stimmen der Fraktionen CDU/CSU, SPD und DIE LINKE. gegen die Stimmen der Fraktionen FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, dem Deutschen Bundestag die Annahme des Gesetzentwurfs der Bundesregierung auf Drucksache 16/5847 in der Fassung der Beschlussempfehlung zu empfehlen.

B. Besonderer Teil

Zur Begründung der einzelnen Vorschriften wird – soweit sie im Verlauf der Ausschussberatungen nicht geändert oder ergänzt wurden – auf den Gesetzentwurf verwiesen. Hinsichtlich der vom Ausschuss für Wirtschaft und Technologie geänderten oder neu eingefügten Vorschriften ist Folgendes zu bemerken:

Zu Artikel 1

Zu Nummer 2 (§ 20)

Die Änderung des § 20 Abs. 3 Satz 2 stellt klar, dass der durch das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 3 Satz 1 geschützte Kreis künftig nicht mehr auf kleine und mittlere abhängige Unternehmen beschränkt ist. Vielmehr schützt § 20 Abs. 3 in Zukunft sämtliche Unternehmen unabhängig von ihrer Größe vor Forderungen von Vorzugskonditionen, wenn sie von dem fordernden Unternehmen abhängig sind.

Das neue Regelbeispiel des § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 erfasst die Fälle der so genannten Preis-Kosten-Schere. Danach liegt eine unbillige Behinderung vor, wenn ein marktmächtiges Unternehmen im Wettbewerb mit seinen Abnehmern um Endverbraucher zu Preisen anbietet, die niedriger sind als die, die es von den von ihm belieferten kleinen und mittleren Unternehmen verlangt. Klargestellt wird damit auch, dass in solchen Fällen einer Preis-Kosten-Schere auch die erleich-

terte Darlegungs- und Beweislast des § 20 Abs. 4 Satz 2 anzuwenden ist.

Zu Nummer 4 (§ 29)

Durch die Einfügung des Wortes „leitungsgebundenem“ in § 29 Satz 1 wird klargestellt, dass nur leitungsgebundene Gas-Versorgungsunternehmen Normadressaten sind.

Nach Satz 1 Nr. 1 handelt das Versorgungsunternehmen – trotz des Angebots niedrigerer Preise durch ein Vergleichsunternehmen – nicht missbräuchlich, wenn es nachweist, dass die Abweichung sachlich gerechtfertigt ist. Für das Vorliegen von sachlichen Rechtfertigungsgründen ist somit das Versorgungsunternehmen beweispflichtig. Ungeachtet dessen gilt jedoch im Kartellverwaltungsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz. Danach hat die Kartellbehörde auch von sich aus Umstände zu ermitteln, die das Versorgungsunternehmen entlasten können, soweit letztere nicht im Zugriffsbereich des Versorgungsunternehmens liegen.

Etwas anderes gilt im Rahmen des Kartellzivilprozesses. In diesem ist der Amtsermittlungsgrundsatz nicht einschlägig. Das verklagte Versorgungsunternehmen hätte im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung z. B. nachzuweisen, dass das zum Vergleich herangezogene (Versorgungs-)Unternehmen nicht vergleichbar ist. Um zu verhindern, dass die vorgesehene Beweislastverteilung in Kartellzivilverfahren die Versorgungsunternehmen über Gebühr belastet, sieht die neue Fassung von Satz 1 Nr. 1 vor, dass die Beweislastumkehr nur in Verfahren vor den Kartellbehörden und den gerichtlichen Kontrollverfahren gilt. Im Kartellzivilprozess gilt die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast dagegen nicht.

Die Beschränkung der vorgesehenen Beweislastumkehr betrifft nur Satz 1 Nr. 1. Für die Frage, ob und inwieweit die Voraussetzungen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Satz 1 Nr. 2 erfüllt sind, gelten die allgemeinen Beweisregeln. Entsprechend haben z. B. die Kartellbehörden nachzuweisen, dass die geforderten Entgelte die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Bei der Überprüfung der Kosten und somit der inhaltlichen Ausfüllung des Kostenbegriffs haben die Kartellbehörden insbesondere anerkannte ökonomische Theorien zu beachten, z. B. den Grundsatz, dass bei vollkommenem Wettbewerb die Preise den Grenzkosten entsprechen.

Zu Nummer 17 (§ 81)

In Absatz 4 Satz 2 wird neu bestimmt, dass für die Berechnung der Bußgeldhöchstgrenze der Gesamtumsatz maßgeblich ist, den die beteiligten Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Geschäftsjahr vor der Entscheidung der zuständigen Behörde erzielt haben. Dies entspricht für die Festsetzung der Geldbuße durch die Kartellbehörde der geltenden Rechtslage. Künftig gilt dies auch in den Fällen, in denen die Geldbuße nach einem Einspruch durch das Gericht neu festgesetzt wird. Damit werden zum einen Manipulationsmöglichkeiten seitens der Kartellbeteiligten ausgeschlossen. Zum anderen wird auch hinsichtlich der gerichtlichen Bußgeldentscheidungen die Übereinstimmung mit der Regelung im europäischen Recht gewährleistet.

Der neu eingefügte Absatz 4 Satz 3 bewirkt eine weitere Angleichung der Bußgeldregelung an das europäische Recht. Nach der langjährigen Praxis der Europäischen Kommission, die von der ständigen Rechtsprechung der europäischen Gerichte bestätigt ist, werden konzernzugehörigen Unternehmen bei Bestimmung der Kappungsgrenze die Gesamtumsätze des Konzerns zugerechnet (Urteil des EuG vom 20. März 2002, Rs. T-9/99, Rn. 529 – Isoplus./.Kommission). Durch die Neuregelung wird klargestellt, dass eine solche Umsatzzurechnung im Konzern auch im Rahmen der Kappungsgrenze des § 81 Abs. 4 GWB zu erfolgen hat und hierzu entsprechend der europäischen Rechtslage auf den Begriff der wirtschaftlichen Einheit abzustellen ist (vgl. Urteile des EuGH, Rs. C-73/95 P, Slg. 1996, I-5457, Rn. 16 – Viho; EuGH, Rs. C-286/98 P, Slg. 2000, I-9925, Rn. 27 bis 29 – Stora Kopparbergs sowie EuG, Rs. T-71, 74, 87, 91/03, Rn. 60 – Tokai Carbon und EuG vom 15. September 2005, Rs. T-325/01, Rz. 85 – Daimler/Chrysler, noch nicht in der amtlichen Sammlung). Hierdurch wird sichergestellt, dass es bei der Festsetzung von Geldbußen gegen Unternehmen in Kartellbußgeldverfahren nicht auf eine zufällige Verantwortungsverteilung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften ankommt, sondern eine wirtschaftliche Betrachtung erfolgt. Zugleich wird Vermögensverschiebungen innerhalb von Unternehmensgruppen entgegengewirkt, damit eine angemessene Verhängung von Bußgeldern zur wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts erfolgen kann.

Außerdem wird durch einen neu eingefügten Satz 4 in Absatz 4 ausdrücklich klargestellt, dass die Höhe der Umsätze geschätzt werden kann. Eine solche Schätzung kann insbesondere bei kleineren Unternehmen, die nicht der Publizitätspflicht unterliegen, notwendig sein. Die Vorschrift entspricht insoweit der Regelung für die Schätzung des Mehrerlöses in § 81 Abs. 2 Satz 2 in der bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung.

Zu Artikel 1a

Die Änderungen des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB und des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB werden zeitlich – wie der § 29 GWB – bis zum 31. Dezember 2012 befristet (vgl. Artikel 1a und 3). Am 1. Januar 2013 treten dann die in Artikel 1a enthaltenen Formulierungen des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB und § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, welche der Gesetzeslage vor der jetzigen Änderung entsprechen, in Kraft.

Zu Artikel 2

Zu Nummer 4 (§ 69)

Die neue Fassung des § 69 EnWG entspricht § 107 Satz 2 StPO. Der Betroffene hat ein Interesse daran, dass dokumentiert wird, welche konkreten Gegenstände die Behörde beschlagnahmt bzw. verwahrt. Die nach § 96 Abs. 4 EnWG vorgesehene Niederschrift muss dagegen nur das „wesentliche Ergebnis“ der Durchsuchung enthalten, nicht jedoch eine detaillierte Auflistung.

Zu Nummer 4a (§ 73)

Durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. August 2005 (VwZRNovG) wurde das Verwaltungszustellungsgesetz geändert. Die Änderung hatte zur Folge, dass der frühere § 5 Abs. 2 VwZG nun § 5 Abs. 4 VwZG ist. Aus diesem Grund ist es erforderlich, § 73 EnWG entsprechend anzupassen.

Zu Nummer 6 (§ 91)

Die Änderung des § 91 EnWG betrifft die Erhebung von Verwaltungsgebühren hinsichtlich der Entscheidungen über individuelle Netzentgelte, wie sie derzeit nach § 19 Abs. 2 StromNEV getroffen werden. Diese Entscheidungen haben einen nicht unerheblichen Bearbeitungsumfang, ähnlich dem der gebührenpflichtigen Entscheidungen nach § 23a EnWG. Bisher fehlt eine Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung von Gebühren. Daher wird der Gebührenkatalog des § 91 Abs. 1 EnWG entsprechend ergänzt durch Bezugnahme auf die Ermächtigungsgrundlage in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG für die Regelung von Entscheidungen über individuelle Netzentgelte. Dadurch bedarf es im Falle künftiger Änderungen der StromNEV nicht jeweils einer weiteren Gesetzesänderung, um die Gebührenpflichtigkeit aufrechtzuerhalten.

Zu Nummer 6a (§ 110)

Die Änderung des § 110 EnWG stellt ein redaktionelles Versehen richtig.

Zu Artikel 3

Die Änderungen des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB und des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB werden zeitlich – wie der § 29 GWB – bis zum 31. Dezember 2012 befristet (vgl. Artikel 1a und 3). Am 1. Januar 2013 treten dann die in Artikel 1a enthaltenen Formulierungen des § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB und § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, welche der Gesetzeslage vor der jetzigen Änderung entsprechen, in Kraft.

Berlin, den 14. November 2007

Reinhard Schultz (Everswinkel)
Berichterstatter

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333